

*Sygn. akt VI ACa 677/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 5 grudnia 2013 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny*

*w następującym składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA Aldona Wapińska /spr./*

*Sędzia SA – Małgorzata Kuracka*

*Sędzia SO (del.) – Andrzej Turliński*

*Protokolant: – sekr. sąd. Beata Pelikańska*

*po rozpoznaniu w dniu 22 listopada 2013 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P.*

*przeciwko Skarbowi Państwa- Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad zastępowanemu przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 20 lutego 2013 r., sygn. akt XXV C 974/11*

*uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach procesu za drugą instancję.*

*VI ACa 677/13*

## UZASADNIENIE

(...) Sp. z o.o. w P. (do 3 grudnia 2009 roku z siedzibą w W.) pozwem złożonym w dniu 4 kwietnia 2011 roku przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziałowi w G. żądał orzeczenia nakazem zapłaty, że pozwany zobowiązany jest zapłacić na rzecz powoda kwotę 2. 451 241,76 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz zasądzenia kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Kwota dochodzona w niniejszym postępowaniu stanowi część wynagrodzenia za wykonanie ekranów akustycznych, której wypłacenia odmawia pozwany powołując się na zmianę rodzaju wypełnienia ekranów w stosunku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Referendarz sądowy w Sądzie Okręgowym w Gdańsku nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 28 kwietnia 2011 roku w sprawie I Nc 159/11 nakazał Skarbowi Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziałowi w G. zapłacić (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P. kwotę 2. 451. 241,76 złotych wraz z ustawowymi odsetkami

od dnia 4 kwietnia 2011 roku do dnia zapłaty oraz kwotę 32.217 złotych tytułem kosztów procesu w terminie dwóch tygodni od doręczenia nakazu albo wniósł w tym terminie sprzeciw .

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad zaskarżył sprzeciwem powyższy nakaz zapłaty w całości, domagając się oddalenia powództwa w całości i zasądzenia od powódki na rzecz pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa. Pozwany wniósł o przekazanie niniejszej sprawy do rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie.

Sąd Okręgowy w Gdańsku postanowieniem z dnia 29 lipca 2011 roku uznał się niewłaściwym miejscowo i sprawę przekazał do rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie.

Wyrokiem z dnia 20 lutego 2013 roku Sąd Okręgowy w Warszawie

1) oddalił powództwo,

2) zasądził od (...) Spółki z o. o. z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa - Kasy Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 468 zł tytułem uzupełnienia wydatków tymczasowo poniesionych przez Skarb Państwa,

3) zasądził od (...) Spółki z o. o. z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa - Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa kwotę 7 200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,

4) nakazał Skarbowi Państwa - Kasie Sądu Okręgowego w Warszawie zwrócić Skarbowi Państwa reprezentowanemu przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwotę 3 000 zł tytułem zwrotu niewykorzystanej zaliczki.

Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia:

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w G. ogłosił przetarg nieograniczony na roboty budowlane obejmujące budowę obwodnicy miasta S.. Projekt wykonawczy „Budowa obwodnicy miasta S.” w zakresie projektu akustycznych ekranów ochronnych przewidywał jako wypełnienie żelbetowe płyty akustyczne. Na etapie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego zamawiający – odpowiadając na pytanie o dopuszczalność zastosowania do ekranów akustycznych elementów modułowych wykonanych w obudowie z innego materiału niż beton, np. aluminium, zielona ściana pod warunkiem, że elementy te posiadałyby nie gorsze właściwości akustyczne i techniczne od podanych w dalszej części specyfikacji technicznej – wskazał, że ponieważ ekrany akustyczne będą usytuowane w miejscach narażonych na wandalizm i kradzieże, ewentualnie zastosowane inne materiały pochłaniające niż płyty betonowe muszą spełniać wszystkie wymagania wynikające ze specyfikacji technicznej i dokumentacji tj.: posiadać nie gorsze parametry akustyczne, nie gorszą odporność na wandalizm i uszkodzenia mechaniczne niż elementy betonowe, możliwość wykonania elementów łukowych (występują łukowe elementy pochłaniające i łukowe elementy przezroczyste), dodatkowo zastosowanie innych materiałów nie może również zmienić architektury ekranów.

W dniu 15 maja 2008 roku (...) Sp. z o.o. w W. (jako lider) i (...) Sp. z o.o. w L. (jako partner) zawarły umowę konsorcjum regulującą wzajemne relacje pomiędzy stronami, ich reprezentację w stosunku do zamawiającego w zakresie złożenia wniosku, oferty oraz realizacji projektu, do czasu jego wykonania i ostatecznego rozliczenia w przypadku przyznania kontraktu. Zakres robót objętych kontraktem został podzielony między strony - każdej ze stron miały zostać przyznane do realizacji roboty, których wartość stanowić miała w przybliżeniu: 60% wartości kontraktu dla (...) i 40 % wartości kontraktu dla (...). Liderem i pełnomocnikiem konsorcjum na czas przetargu, a przypadku uzyskania kontraktu na czas jego realizacji i ostatecznego rozliczenia ustanowiono (...). Lider został upoważniony do wykonywania wszelkich czynności w postępowaniu przetargowym, a w szczególności: podpisania oferty, wszystkich załączników i dokumentów towarzyszących oraz do złożenia dokumentów zamawiającemu, składania w toku postępowania wszelkich oświadczeń i dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa, w tym poświadczania kopii dokumentów za zgodność z oryginałem, zadawania pytań, składania wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz dokumentów składanych w postępowaniu oraz do prowadzenia korespondencji związanej z

postępowaniem, wnoszenia w imieniu wykonawcy wszelkich środków ochrony prawnej (protestów, odwołań i skarg), jak również złożenia oświadczenia o przyłączeniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestów przez innych wykonawców oraz do przystąpienia do postępowań odwoławczych, reprezentowania na posiedzeniach i na rozprawach przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz przed Sądami Okręgowymi, wniesienia wadium w postępowaniu. W przypadku przyznania kontraktu partner upoważnił lidera do: podpisania za oraz w imieniu partnera umowy z zamawiającym wraz ze wszystkimi aneksami na realizację projektu oraz innych umów związanych z realizacją umowy z zamawiającym, w szczególności umów na roboty dodatkowe, nawet gdy ich pozyskanie przeprowadzone było w odrębnych postępowaniach w ramach regulacji Prawa zamówień publicznych, bieżącego analizowania wykonania kontraktu i rozstrzygania problemów związanych z jego realizacją, reprezentowania partnera wobec zamawiającego i Inżyniera oraz ich personelu w ramach realizacji zamówienia w tym m.in. do prowadzenia korespondencji z zamawiającym i Inżynierem, otrzymywania instrukcji i zleceń na rzecz oraz w imieniu wszystkich i każdego z Partnerów, koordynowania robót prowadzonych przez partnera, z tym, że za podwykonawców, poddostawców zatrudnionych przez partnera, partner odpowiada i koordynuje ich prace we własnym zakresie, przekazywania zamawiającemu wniosków i dokumentów przekazywanych przez partnera w oparciu o warunki kontraktu, występowania w imieniu i na rzecz partnera w sprawach ewentualnych robót dodatkowych i zamiennych, rozliczania z zamawiającym robót wykonanych przez partnera oraz do przyjmowania płatności dokonywanych przez zamawiającego na podstawie faktur wystawionych przez lidera konsorcjum za roboty wykonane przez partnerów. Rozliczanie i fakturowanie wykonanych robót z zamawiającym miało być dokonywane przez lidera konsorcjum, na podstawie dostarczanych przez partnera wszelkich informacji i materiałów niezbędnych do ich wystawienia oraz dokumentujących postęp prac, zgodnie z umową z zamawiającym i wzorami dokumentów rozliczeniowych przekazanych przez zamawiającego, zamawiający miał dokonywać płatności na rachunek bankowy lidera konsorcjum, a następnie lider po otrzymaniu płatności od zamawiającego dokonywał płatności za wykonane roboty na podstawie faktur VAT wystawionych przez partnera. Zgodnie z porozumieniem wykonawczym dotyczącym podziału robót, prace obejmujące zabezpieczenie akustyczne przydzielone zostały w całości (...).

(...) Sp. z o.o. w W. (jako lider konsorcjum) i (...) Sp. z o.o. w L. (jako partner) złożyli ofertę na realizację robót budowlanych „Budowa obwodnicy miasta S.” wraz ze zbiorczym kosztorysem ofertowym, w którym zabezpieczenie akustyczne (bez wskazywania rodzaju wypełnienia) oszacowano na kwotę 5.527.305,35 złotych na podstawie przedmiaru robót i ceny jednostkowej.

W dniu 5 sierpnia 2008 roku, po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w G. (dalej: zamawiający, GDDKiA) i (...) Sp. z o.o. w W. oraz (...) Sp. z o.o. w L. (dalej: wykonawcy) zawarli umowę nr (...), na podstawie której zamawiający powierzył, a wykonawca się zobowiązał do wykonania robót budowlanych „Budowa obwodnicy miasta S.”. Części niniejszej umowy stanowiły:

1. umowa,
2. oferta wykonawcy z 17 czerwca 2008 roku wraz z załącznikami,
3. Szczególne Warunki Kontraktu,
4. Warunki Kontraktowe dla budowy dla robót inżynieryjno - budowlanych projektowanych przez zamawiającego - (...), 3 wydanie angielsko - polskie niezmienione 2005,
5. Instrukcja dla Wykonawców - specyfikacja istotnych warunków zamówienia,
6. dokumentacja projektowa,
7. harmonogram robót,
8. umowa konsorcjum (pkt 2).

Wykonawca zobowiązał się wykonać i zakończyć roboty oraz usunąć wady w całkowitej zgodności z postanowieniami niniejszej umowy (pkt 3).

Zamawiający zobowiązał się zapłacić wykonawcy za wykonanie robót i usunięcie wad cenę kontraktową. Zaakceptowana Kwota Kontraktowa wynosiła 288. 092. 709,75 złotych netto, czyli 351.473.105,90 złotych brutto (pkt 4).

Wykonawca zobowiązał się wobec zamawiającego do zakończenia przedmiotu umowy w terminie 25 miesięcy od dnia rozpoczęcia robót, podzielonym na 3 etapy:

- etap I - 5 miesięcy, zakres rzeczowy - roboty przygotowawcze, roboty ziemne i odwodnienie,
- etap II - 12 miesięcy, zakres rzeczowy - roboty ziemne, obiekty inżynierskie, pozostałe roboty przygotowawcze i podbudowy,
- etap III - 8 miesięcy, zakres rzeczowy - pozostałe roboty objęte zamówieniem (pkt 5).

Wszelkie zmiany i uzupełnienia treści tej umowy mogły być wprowadzone, pod rygorem nieważności, wyłącznie w formie aneksu podpisanego przez zamawiającego i wykonawcę (pkt 8). W sprawach nieuregulowanych postanowieniami umowy miały zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawy Prawo budowlane (pkt 9).

W dniu 12 sierpnia 2008 roku kierownik projektu - J. G. reprezentujący zamawiającego przekazał wykonawcom teren budowy.

Dnia 31 sierpnia 2010 roku strony zawarły aneks nr (...) do umowy nr (...), w którym – powołując się na niekorzystne warunki pogodowe, które spowodowały opóźnienie w realizacji zadania w stosunku do założonego harmonogramu robót – ustaliły termin zakończenia robót na dzień 15 października 2010 roku, pozostawiając bez zmian pozostałe warunki umowy.

Już w trakcie realizacji zamówienia Kierownik budowy wystąpił do Inżyniera Kontraktu z wnioskiem o zmianę wypełnienia ekranów akustycznych z paneli betonowych, pierwotnie projektowanych, na panele aluminiowe firmy (...), wskazując jednocześnie jako wykonawcę tych prac (...). Inżynier kontraktu pozytywnie zaopiniował wniosek wykonawców w zakresie zmiany wypełnienia ekranów oraz wykonawcy tych prac. Kierownik projektu zatwierdził propozycję wykonawców - wyraził zgodę na panele aluminiowe firmy (...) oraz (...) jako wykonawcę tych prac zaznaczając, że panele aluminiowe muszą spełniać wszystkie wymagania wynikające ze specyfikacji technicznej i dokumentacji tj.: posiadać nie gorsze parametry akustyczne, nie gorszą odporność na wandalizm i uszkodzenia mechaniczne niż elementy betonowe, możliwość wykonania elementów łukowych (występują łukowe elementy pochłaniające i łukowe elementy przezroczyste), dodatkowo zastosowanie innych materiałów nie mogło również zmienić architektury ekranów. Inżynier kontraktu wniósł o przedłożenie projektantowi zamiennych rysunków projektu budowlanego oraz obliczeń w celu uzgodnienia zmiany wypełnienia. Wykonawca zwrócił się o przekazanie pełnego projektu wykonawczego na ekrany akustyczne wraz ze szczegółowym opisem technicznym, szczegółowymi rysunkami rozwiązań konstrukcyjnych, specyfikacją oraz przedmiarem robót. Inżynier kontraktu zarządził przekazanie projektu, o który wnosił wykonawca. Przekazując wykonawcy projekt ekranów akustycznych wezwano wykonawcę do przedstawienia uwag, co pozwoli zatwierdzić projekt. Inżynier kontraktu wezwał wykonawcę do przedłożenia kalkulacji cenowej w celu wydania polecenia zmiany. Wykonawca przedstawił wycenę ekranów akustycznych uwzględniającą różnicę w przedmiarze pomiędzy wersją przyjętą w ofercie wykonawcy a ilością zgodną z przedmiarem przekazany wykonawcy. **Wykonawca wskazując, że wypełnienie ekranów przewidziane w projekcie zamiennym jest zgodne z założeniami przyjętymi przez wykonawcę na etapie opracowywania oferty, za bezzasadne uznał kalkulowanie na nowo cen związanych z wykonaniem**

**ekranów akustycznych, gdyż ceny ich wykonania znajdują się w wycenionym przedmiarze robót. Inżynier kontraktu pozytywnie zaopiniował propozycje wykonawcy.**

W dniu 1 września 2010 roku Inżynier kontraktu wydał polecenie nr 63 w zakresie przekazania rozbitcia ceny jednostkowej na budowę ekranu.

Wykonawca wykonał prace obejmujące wykonanie ekranów akustycznych zgodnie z projektem, zmieniając jedynie rodzaj wypełnienia - zastosował aluminiowe w miejsce betonowego. Zamawiający bez zastrzeżeń odebrał wykonane ekrany akustyczne. Strony nie zawarły aneksu do umowy nr (...) w zakresie zmiany rodzaju wypełnienia ekranów akustycznych, ani też zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z uwagi na zmianę wypełnienia.

W dniu 26 października 2010 roku Inżynier kontraktu wystawił Świadczenie przejęcia całości robót stwierdzając, że roboty zostały zasadniczo ukończone zgodnie z kontraktem, szacunkowa wartość ustalona została na kwotę 313 934 000 złotych.

Na dzień 16 listopada 2010 roku wykonawca nadal nie przedstawił rozbitcia ceny jednostkowej za budowę ekranu akustycznego, ale dopiero w dniu 3 grudnia 2010 roku przekazał Inżynierowi kontraktu odkrycie ceny przyjętej w ofercie wykonawcy dla wykonania zabezpieczeń akustycznych.

Wykonawca stał na stanowisku, że ostateczne ceny ekranów powinny być takie same jak w ofercie na roboty kontraktowe, natomiast Inżynier kontraktu podnosił, że ceny te są zawyżone w porównaniu z cenami rynkowymi na innych kontraktach. Cęta kontraktowa budowy ekranów według Inżyniera była niższa od ceny ofertowej o 1 992 879,48 złotych. Inżynier kontraktu pismem z dnia 7 grudnia 2010 roku skierowanym do wykonawców zawiadomił, że nie akceptuje odkrycia ceny przyjętej w ofercie wykonawcy dla wykonania zabezpieczeń akustycznych oraz kalkulacji dla wykonania zabezpieczeń akustycznych według zamiennego projektu, **wskazując że w wycenie przyjęto niewłaściwą technologię wykonania pali wierconych oraz brak jest uzasadnienia dla przyjętych cen materiałów (paneli)**. Powołując się na subklauzulę 3.1 i 12.3 Warunków Szczególnych Umowy oraz Warunków Kontraktowych i akceptacji Zamawiającego, biorąc pod uwagę brak akceptacji Inżyniera dla propozycji wyceny wykonawcy z dnia 3 grudnia 2010 roku, Inżynier kontraktu ustalił cenę tymczasową zabezpieczeń akustycznych wykonanych wg projektu zamiennego i pismem z dnia 7 grudnia 2010 roku skierowanym do Kierownika projektu wniósł o akceptację w formie pisemnej propozycji ustalenia cen tymczasowych. W opinii dotyczącej rozliczenia końcowego kontraktu nr (...) w zakresie zabezpieczenia akustycznego Inżynier kontraktu wskazał, że rozbitcie cen oraz kalkulacje przedłożone przez wykonawcę nie mogły zostać zatwierdzone ponieważ zawierały zawyżone koszty wykonania pali pod ekrany, jak i innych materiałów użytych do budowy ekranów, co zostało potwierdzone porównaniem cen na innych kontraktach, co wobec braku możliwości uzgodnienia stanowisk w sprawie ceny ostatecznej ekranów skutkowało ustaleniem ceny tymczasowej dla wystawienia Świadczenia płatności zgodnie z klauzulą 12.3 warunków kontraktowych (...).

W dniu 7 grudnia 2010 roku (...) Sp. z o.o. w P. wystawiła fakturę VAT na kwotę 22 932 127,86 złotych netto za okres rozliczeniowy od 1 września do 15 października 2010 roku, na którą to kwotę tego samego dnia

Inżynier kontraktu wystawił Przejściowe świadectwo płatności nr 26.

Zamawiający do pisma z dnia 29 grudnia 2010 roku załączył wyjaśnienia Inżyniera kontraktu z dnia 27 grudnia 2010 roku opisujące okoliczności ustalenia ceny tymczasowej za wykonanie ekranów akustycznych, wnosząc o zajęcie stanowiska w przedmiocie wyjaśnień Inżyniera kontraktu. (...) Sp. z o.o. pismem z dnia 24 lutego 2011 roku skierowanym do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w G. wezwała do niezwłocznej zapłaty kwoty 1 992 653,94 złotych, stanowiącej część wynagrodzenia za wykonanie ekranów akustycznych. W odpowiedzi na powyższe wezwanie GDDKiA Oddział w G. wskazała, że nie uznaje ani co do zasady ani co do wysokości roszczenia w kwocie 1 992 653,94 złotych.

Sąd pierwszej instancji wskazał, iż powyższe fakty nie były sporne między stronami. Pozwany nie kwestionował, że wykonawca wykonał ekrany akustyczne ze zmienionym w stosunku do projektu wypełnieniem - projektowe wypełnienie betonowe zostało zastąpione wypełnieniem aluminiowym, na co zamawiający wyraził zgodę. Spór dotyczył konsekwencji tej zmiany – według powoda zmiana ta nie miała wpływu na należne zgodnie z umową wykonawcy wynagrodzenie za te prace, skoro miało ono charakter kosztorysowy, natomiast pozwany stał na stanowisku, że zmiana rodzaju wypełnienia skutkowałą zmianą należnego wykonawcy wynagrodzenia, zwłaszcza, że aluminiowe wypełnienie było tańsze niż wypełnienie betonowe, nie tylko w zakresie materiałów, lecz również kosztów wykonania. W ocenie Sądu pierwszej instancji – z uwagi na brak legitymacji czynnej powodowej Spółki – kwestia wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonanych ekranów akustycznych nie stanowiła przedmiotu postępowania, stąd postępowanie dowodowe przeprowadzone w niniejszej sprawie – dowody z dokumentów oraz przesłuchani świadkowie i strony w głównej mierze potwierdzające stanowiska każdej ze stron – nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Sąd Okręgowy uznał, iż wśród dowodów z dokumentów kluczowe znaczenie miała umowa z dnia 5 sierpnia 2008 roku nr (...), umowa konsorcjum wraz z porozumieniem wykonawczym, gdyż pozwoliły one na ustalenie komu – czy samemu powodowi, czy też konsorcjum, bądź też działającym razem powodowi i (...) Sp. z o.o. w L., przysługuje roszczenie o zapłaty należnego wynagrodzenia za wykonane prace. Zeznania przesłuchanych w sprawie świadków: B. W., M. K., J. G., A. O., J. M., W. R. oraz przesłuchanego w charakterze powoda W. T. i w charakterze pozwanego S. G., Sąd pierwszej instancji uznał w zdecydowanej części za wiarygodne, wskazując, iż przesłuchane osoby w sposób spójny przedstawiły realizację projektu „Budowa obwodnicy miasta S.” ze szczególnym uwzględnieniem prac przy zabezpieczeniu akustycznym. Osoby te wyjaśniły, że doszło do zmiany projektu w zakresie wypełnienia ekranów akustycznych, zamawiający wyraził zgodę na taką zmianę, wykonawca wykonał pracę. Jednakże zeznania te – w ocenie Sądu Okręgowego – nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Sąd pierwszej instancji uznał bowiem, iż powództwo podlegało oddaleniu z uwagi na brak po stronie powoda legitymacji czynnej. Sąd ten podniósł, iż powód realizując zamówienie publiczne „Budowa obwodnicy miasta S.” nie działał sam, lecz wspólnie z (...) Sp. z o.o. w L. – ze względu na potrzebę wzięcia udziału w przetargu i na wypadek wybrania ich oferty jako najkorzystniejszej do realizacji projektu – spółki te zawarły umowę konsorcjum, która to okoliczność miała kluczowe znaczenia dla ustalenia, kto winien wystąpić z żądaniem zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace.

Sąd meriti wskazał, iż możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przewiduje art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych. Przepis ten nie posługuje się pojęciem „konsorcjum”; umowa konsorcjum nie została też w żaden sposób uregulowana w prawie polskim, lecz dopuszczalność jej zawarcia nie budzi żadnych wątpliwości w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego przewidzianej w art. 353<sup>1</sup> k.c. Powołując się na orzecznictwo Sąd pierwszej instancji wskazał, iż jako umowę konsorcjum określa się umowę zawieraną przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia określonego celu gospodarczego, jakim w pierwszej kolejności jest uzyskanie zamówienia publicznego, następnie zawarcie umowy o jego wykonanie oraz osiągnięcie pewnego zysku w wyniku wykonania zawartej umowy (tak: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 września 2008 roku w sprawie III CSK 119/08, LEX nr 513248, Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 23 maja 2012 roku w sprawie V ACa 216/12, LEX nr 1217701). Z uwagi na „wspólny cel gospodarczy” umowa konsorcjum porównywana jest do umowy spółki cywilnej (art. 860 k.c.), z tą różnicą, że działanie poszczególnych konsorcjantów nie przybiera formy wnoszenia wkładów, więc nie powstaje wspólny majątek konsorcjum. Ponadto art. 23 ust. 2 p.z.p. w sposób odmienny niż w przypadku spółki cywilnej kształtuje sposób reprezentacji - uczestnicy konsorcjum mają obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z reguły konsorcjum tworzone będzie na potrzeby wspólnej realizacji jednorazowego przedsięwzięcia, tymczasem spółka cywilna z założenia ma charakter bardziej trwały, nie ograniczając swojego istnienia do jednego przedsięwzięcia. Konsorcjum nie jest żadnym odrębnym podmiotem, nie posiada osobowości prawnej ani zdolności sądowej – członkowie konsorcjum zachowują swoją

odrębność prawną, zdolność sądową. Organizacja wewnętrzna konsorcjum pozostawiona jest jej uczestnikom z wykorzystaniem wszelkich możliwości dyspozytywnej regulacji cywilnoprawnej. Najczęściej jeden z uczestników spełnia rolę wiodącą tzw. lider i to on – we wszystkich lub najważniejszych sprawach – w sposób wiążący pozostałych konsorcjantów, występuje wobec zamawiającego (jest pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - art. 23 ust. 2 p.z.p.). Uczestnicy konsorcjum mogą kształtować wewnętrzne zasady odpowiedzialności za wykonanie zobowiązań. Stosunek prawny łączący uczestników konsorcjum jest skuteczny jedynie dla stron (inter partes) i nie rodzi żadnych skutków prawnych wobec osób trzecich, w tym również zamawiającego. Podział między poszczególnymi wykonawcami zakresu umowy wskazujący, jakie części zamówienia winien wykonać każdy z nich w żadnym stopniu nie wiążą zamawiającego (tak: Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny Odwoławczy w wyroku z sprawie VI ACa 1152/08).

Sąd Okręgowy zauważył, iż ustawa - Prawo zamówień publicznych nie definiuje „wykonawcy wielopodmiotowego”, lecz wykonawcę, którym jest osoba fizyczna, osoba prawa lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub stroną postępowania sądowego związanego z realizacją zamówienia publicznego nie jest więc ani konsorcjum, ani lider konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego oraz wspólnie je realizujący w oparciu o łączącą ich umowę konsorcjum, są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym o zapłatę wynagrodzenia, nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym nawet lider konsorcjum (tak: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 października 2011 roku w sprawie V CSK 475/10, LEX nr 1108492).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Sąd pierwszej instancji stwierdził, że (...) Sp. z o.o. w W. oraz (...) Sp. z o.o. w L., zawierając w dniu 15 maja 2008 roku umowę konsorcjum, zdecydowały się wspólnie przygotować i złożyć w GDDKiA ofertę przetargową w przetargu nieograniczonym „Budowa obwodnicy miasta S.” i jeśli postępowanie przetargowe zakończyłoby się przyznaniem im kontraktu i zawarciem umowy przez partnerów z zamawiającym – wspólnie wykonać roboty zgodnie z zawartą umową konsorcjum. Strony określiły warunki wzajemnej współpracy w ramach zawiązanych stosunków wewnętrznych i poprzez wskazanie wykonawcy poszczególnych prac w porozumieniu wykonawczym – podzieliły między siebie zakres robót objętych kontraktem (60 % wartości kontraktu dla (...), a 40 % wartości kontraktu dla (...)). Liderem i pełnomocnikiem konsorcjum na czas przetargu i realizacji kontraktu strony ustanowiły (...) Sp. z o.o. w W., upoważniając lidera do wykonywania czynności szczegółowo wskazanych w ustaleniach faktycznych. Zdaniem Sądu pierwszej instancji choć z porozumienia wykonawczego wynika, że zabezpieczenie akustyczne wykonać miał powód i jemu też przysługiwać miało wynagrodzenie w wysokości 5 527 305,35 złotych, to z umowy nr (...) w przedmiocie wykonania robót budowlanych w ramach projektu „Budowa obwodnicy miasta S.” jednoznacznie wynika, że zamawiający zobowiązany był wypłacić należne wynagrodzenie wykonawcy, czyli (...) Sp. z o.o. w W. i (...) Sp. z o.o. w L.. Tym samym – w ocenie tego Sądu – treść powyższej umowy nie pozwala uznać, aby zgodnym zamiarem stron umowy było ustanowienie solidarności wykonawców w zakresie należnego im wynagrodzenia, zaś podział prac w porozumieniu wykonawczym (w tym przyznanie wykonania ekranów akustycznych i należnego z tego tytułu wynagrodzenia wyłącznie (...)) nie wywoływał żadnego skutku dla zamawiającego, od którego powód domaga się zapłaty wynagrodzenia. Przyznając, iż jest to świadczenie pieniężne, zawsze podzielne i wskazując, iż zgodnie z art. 379 § 1 k.c. dług zamawiającego dzieliłby się na tyle niezależnych części ilu jest wierzycieli – Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że skoro powód wspólnie z (...) Sp. z o.o. realizował zamówienie publiczne, oba te podmioty wspólnie powinny dochodzić należnego z tego tytułu wynagrodzenia, natomiast porozumienie wykonawcze przyznające poszczególne prace i należne z tego tytułu wynagrodzenie pomiędzy wykonawcami ma znaczenia jedynie do ich wzajemnych rozliczeń. W ocenie Sądu pierwszej instancji okoliczność, że powód był liderem konsorcjum, w tym również uprawnionym do prowadzenia rozliczeń z zamawiającym nie skutkowało uzyskaniem przez powoda uprawnienia do samodzielnego dochodzenia od zamawiającego należnego wynagrodzenia. Sąd ten uznał, że skoro powód nie wystąpił także w imieniu drugiego wykonawcy, jako jego pełnomocnik (choć nie było ku temu przeszkód), lecz w imieniu własnym – nie był podmiotem legitymowanym do dochodzenia zwrotu wadium.

W ocenie Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie nie zaistniały okoliczności określone w art. 195 k.p.c., obligujące Sąd do wezwania strony powodowej do wskazania osób nie biorących udziału w sprawie (w niniejszej sprawie drugiego członka konsorcjum), gdyż łączny udział (...) Sp. z o.o. w P. i (...) Sp. z o.o. w L. po stronie powodowej nie był konieczny. Sąd ten uznał, iż według art. 195 § 1 k.p.c. współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej zachodzi wtedy, gdy legitymacja czynna przysługuje nie każdemu z powodów oddzielnie, ale wszystkim łącznie, z takim skutkiem, że każdemu działającemu oddzielnie można zarzucić brak pełnej legitymacji procesowej, co w konsekwencji prowadzi do oddalenia powództwa. Sąd wyjaśnił, iż kodeks postępowania cywilnego nie określa, kiedy "łączny udział w sprawie jest konieczny", gdyż przypadki współuczestnictwa koniecznego powstają na tle konkretnej sytuacji prawnej. Zdaniem tego Sądu w nauce, a także w orzecznictwie (por. motywy wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 października 1975 r., III CRN 288/75, OSNCP 1976/10 poz. 211) nie budzi wątpliwości fakt, że współuczestnictwo konieczne może powstać, gdy z przepisu ustawy lub z istoty spornego stosunku prawnego wynika, że w charakterze strony musi występować kilka osób. Współuczestnictwo konieczne powstaje zatem wtedy, gdy sytuacja prawna kilku osób jest jednakowa w stosunku do treści żądania powództwa, a przepis szczególnie nie udziela samodzielnej legitymacji procesowej każdej z tych osób lub niektórej z nich (tak: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 lipca 1999 roku w sprawie II CK 395/98, LEX nr 78411, wyrok z dnia 11 marca 2005 roku w sprawie II CK 487/04, LEX nr 603410). Zdaniem Sądu pierwszej instancji o ile z uwagi na fakt wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i wspólnego wykonania umowy nr (...) Sp. z o.o. w P. i (...) Sp. z o.o. w L. mogą tylko łącznie domagać się zapłaty, jednakże brak jest podstaw do uznania, że sytuacja każdego z uczestników konsorcjum jest jednakowa w stosunku do treści żądania powództwa – tym samym nie zaistniały tutaj warunki współuczestnictwa koniecznego z art. 195 § 1 k.p.c.

Stwierdzając, że powód nie jest upoważniony do samodzielnego dochodzenia w niniejszym postępowaniu sądowym zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace, Sąd pierwszej instancji uznał, iż brak było podstaw do merytorycznej oceny zgłoszonego przez powoda roszczenia, gdyż nawet ustalenie, że roszczenie to było zasadne nie pozwalałoby na jego uwzględnienie na rzecz powoda z uwagi na brak po jego stronie legitymacji czynnej. Mimo to Sąd meriti wskazał, iż jego zdaniem roszczenie powoda byłoby również niezasadne pod względem merytorycznym. Strony umówiły się na cenę ryczałtową, co nie oznacza – w ocenie Sądu orzekającego – że w ramach tej samej ceny wykonawca może wykonać roboty o mniejszej wartości. Skoro inwestor złożył zamówienie na ekrany z wypełnieniem cementowym, a w ofercie wykonawcy nie wskazano sposobu wypełnienia, to oznaczałoby, że cena za ekrany z wypełnieniem obejmuje cenę za ekrany z wypełnieniem cementowym. Inwestor w okresie składania ofert przewidział możliwość zastosowania innego wypełnienia i w trakcie realizacji inwestycji zrealizował obietnicę - podjął rozmowy w kierunku decyzji o sposobie wypełnienia. Zgodził się na propozycję wykonawcy, by zastosować wypełnienie inne niż cementowe, ale swoją zgodę uzależnił od odkrycia ceny. Tymczasem wykonawca nie dokonał takiego odkrycia ceny, stojąc na stanowisku, że nie istnieje taka potrzeba ale zamontował ekrany w wypełnieniu innym niż cementowe, czyli innym, niż w zamówieniu inwestora. Różnica w cenie takich ekranów z wypełnieniem była zasadnicza, dlatego inwestor zapłacił jedynie za cenę ekranów z wypełnieniem aluminiowym, a powód w niniejszym postępowaniu skutecznie nie wykazał, by wypłacona kwota była zaniżona.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji skoro na etapie podejmowania decyzji o sposobie wypełnienia powstał pomiędzy stronami spór, czy wypełnienie aluminiowe będzie wg ceny z umowy czy po odkryciu ceny, to wykonawca dla zabezpieczenia swoich interesów winien podjąć stosowne kroki prawne albo zdecydować o zastosowaniu wypełnienia betonowego, skoro brak było zgody inwestora na zastosowanie dotychczasowej ceny przy wypełnieniu aluminiowym.

Dlatego z przyczyn merytorycznych powództwo podlegałoby również oddaleniu.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz na podstawie art. 84 w zw. z art. 80 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego w całości zaskarżył apelacją powód (...) Sp. z o.o. w P., zarzucając:

I. Naruszenie prawa materialnego:



1. art. 379 § 1 k.c. w związku z art. 23 Prawa zamówień publicznych poprzez błędną wykładnię art. 379 § 1 k.c., polegającą na przyjęciu przez Sąd pierwszej instancji, że w przypadku realizacji zamówienia publicznego przez kilku wierzycieli, powództwo o zapłatę wynagrodzenia mogą wytoczyć tylko łącznie wszyscy wierzyciele, a w konsekwencji, że w przedmiotowej sprawie powód jako jeden z członków konsorcjum nie posiada samodzielnej legitymacji czynnej do dochodzenia zapłaty wynagrodzenia za wykonanie ekranów akustycznych;

2. art. 379 § 1 k.c. - poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że na podstawie tego przepisu wierzyciel nie może dochodzić samodzielnie roszczenia w części jaka mu przysługuje, a w konsekwencji niezastosowania tego przepisu, pomimo przyznania przez Sąd I instancji, że wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane jest świadczeniem podzielnym, a powód przedstawił dowody na okoliczność, że roszczenie o zapłatę wynagrodzenia w tej części należne jest wyłącznie jemu, a w związku z tym, błędnego uznania przez Sąd I instancji, że Powód nie jest uprawniony do samodzielnego dochodzenia zapłaty; ewentualnie poprzez niezastosowanie wskazanego przepisu i nie uznanie, że wierzytelność z tytułu wynagrodzenia za ekrany akustyczne dzieli się w równych częściach na dwóch członków konsorcjum, którzy zawarli umowę o roboty budowlane, i zaniechania rozpoznania sprawy w zakresie w jakim wierzytelność przysługuje (...) Sp. z o.o.

3. art. 6 k.c - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, czego konsekwencją było stwierdzenie przez Sąd Okręgowy, że powód w celu skutecznego dochodzenia roszczenia zobowiązany był wykazać, iż wypłacona kwota z tytułu wykonania ekranów w technologii aluminiowej była zaniżona;

4. art. 65 § 2 k.c. w zw. z Subklauzulą 12.3. b), Warunków Ogólnych Kontraktu - poprzez jego błędną wykładnię, czego konsekwencją było przyjęcie przez Sąd Okręgowy, iż strony określiły w Umowie wynagrodzenie Wykonawcy jako ryczałtowe, jak również błędną interpretację zapisów łączącej strony Umowy, określających przesłanki zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, czego konsekwencją było stwierdzenie, że może ona nastąpić w sposób jednostronny przez Inwestora, z pominięciem przesłanek wskazanych w Umowie w Subklauzuli 12.3 b).

## II. Naruszenie prawa procesowego:

5. art. 328 § 1 i 2 k.p.c. — poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, w szczególności poprzez niewskazanie przez Sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu wyroku podstawy prawnej rozstrzygnięcia,

6. art. 233 §1 i 2 k.p.c. - poprzez nie dokonanie przez Sąd Okręgowy wszechstronnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, co miało wpływ na wynik postępowania, w szczególności: (1) pominięciu okoliczności potwierdzenia przez Inżyniera Kontraktu i Kierownika Projektu ze strony pozwanego, iż do obliczenia wynagrodzenia za wykonanie ekranów akustycznych z wypełnieniem aluminiowym zastosowanie mieć będzie cena jednostkowa wskazana w Kontrakcie, (2) pominięcie, przedstawionego przez powoda odkrycia ceny i dowodów na okoliczność sposobu kalkulowania ceny jednostkowej, (3) ustalenie, iż różnica w cenie wykonania ekranów w technologii aluminiowej była zasadnicza od ceny wykonania ekranów w technologii betonowej [mylnie w uzasadnieniu sądu I instancji określana cementową] oraz (4) ustalenie jakoby wykonanie ekranów akustycznych w technologii aluminiowej zostało uzależnione od odkrycia ceny.

Wskazując na powyższe zarzuty apelujący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 2.451.241,76 zł (słownie: dwa miliony czterysta pięćdziesiąt jeden tysięcy dwieście czterdzieści jeden złotych 76/100) wraz z odsetkami ustawowymi, liczonymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz orzeczeniem o kosztach procesu za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, wraz z orzeczeniem o kosztach procesu Sądu za drugą instancję i kosztach zastępstwa procesowego.

Pozwany Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów procesu za drugą instancję.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

#### **Apelacja zasługiwała na uwzględnienie, o ile zmierzała do uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.**

Na wstępie wskazać należy, iż Sąd pierwszej instancji oddalając powództwo z uwagi na brak legitymacji czynnej powoda i wskazując, iż w sprawie po stronie powodowej powinni występować obaj konsorcjanci łącznie, jednocześnie uznał, iż w sprawie niniejszej nie miał zastosowania przepis art. 195 § 1 k.p.c., w myśl którego „jeżeli okaże się, że nie występują w charakterze powodów lub pozwanych wszystkie osoby, których łączny udział w sprawie jest konieczny, sąd wezwie stronę powodową, aby oznaczyła w wyznaczonym terminie osoby niebiorące udziału w taki sposób, by ich wezwanie lub zawiadomienie było możliwe, a w razie potrzeby, aby wystąpiła z wnioskiem o ustanowienie kuratora.”. Takie stanowisko Sądu Okręgowego wynika z błędu logicznego – wzajemnej sprzeczności obu stwierdzeń. Skoro bowiem Sąd ten uznał, iż po stronie powodowej muszą występować obaj konsorcjanci, a samodzielne wystąpienie z powództwem oznacza brak legitymacji czynnej po stronie powoda – to tym samym Sąd winien był zastosować się do dyspozycji art. 195 § 1 k.p.c., skoro została spełniona hipoteza tego przepisu. Jeśli zaś należałoby dojść do przekonania, iż łączny udział obu konsorcjantów po stronie powodowej nie jest konieczny w rozumieniu art. 195 § 1 k.p.c., oznaczałoby to brak możliwości oddalenia powództwa jedynie z uwagi na brak łącznej legitymacji po stronie powodowej – tak jak uczynił to Sąd pierwszej instancji. W pierwszej kolejności należało zatem rozważyć kwestię legitymacji czynnej w sprawie niniejszej. Ustalenie bowiem, czy uczestnictwo innych podmiotów jest uczestnictwem koniecznym, należy do sądu, którego aktywną rolę zakłada art. 195 k.p.c. i potwierdza § 112 ust. 1 r.u.s.p. (tak: Tadeusz Żyznowski w: Dolecki Henryk (red.), Wiśniewski Tadeusz (red.), Gromska-Szuster Irena, Jakubecki Andrzej, Klimkowicz Jan, Knoppek Krzysztof, Misiurek Grzegorz, Pogonowski Piotr, Zembrzuski Tadeusz, Żyznowski Tadeusz: Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1-366., LEX, 2013 Komentarz Nr 147159).

Łączna legitymacja wynika ze współuczestnictwa koniecznego, które stanowi odmianę współuczestnictwa materialnego, ponieważ konieczność współwystępowania w sporze kilku podmiotów po stronie powodowej lub pozwanej występuje wtedy, gdy normy prawnomaterialne legitymują ich tylko do wspólnego dochodzenia roszczeń lub łącznej obrony swoich praw po stronie pozwanej. Brak któregośkolwiek ze współuczestników koniecznych stanowi więc brak legitymacji procesowej łącznej. Pomimo że przepis o tym nie mówi, współuczestnictwo konieczne może wynikać albo z istoty spornego stosunku prawnego (np. proces przeciwko współwłaścicielom lub przeciwko najemcom małżonkom - art. 680<sup>1</sup> k.c.), albo tylko z przepisu ustawy (np. art. 57, 75, 454 § 2-4, art. 841 § 2, art. 1028 § 4 k.p.c.; art. 66, 70 § 2, art. 82 k.r.o.; art. 266 § 1 i 2 k.s.h.). Z reguły każde współuczestnictwo konieczne jest zarazem jednolitym, przy czym wyjątki od tej zasady mogą wystąpić, jeżeli współuczestnictwo konieczne wynika wyłącznie z przepisu ustawy (np. współuczestnictwo bierne wspólników sp. z o.o. w sprawie o wyłączenie wspólnika - art. 266 § 2 zdanie drugie k.s.h.). Współuczestnictwo materialne, które nie jest konieczne, jest dowolne (np. powództwo windykacyjne wytoczone przez jednego ze współwłaścicieli - art. 209 k.c.) (tak: Przemysław Telenga w: Jakubecki Andrzej (red.), Bodio Joanna, Demendecki Tomasz, Marcewicz Olimpia, Telenga Przemysław, Wójcik Mariusz P. :Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, LEX/el., 2013, nr 157918).

Jak trafnie stwierdził Sąd pierwszej instancji konsorcjum nie jest umową nazwaną, bez określonych ustawowo istotnych warunków tej umowy, zatem nie można mówić, aby kwestia legitymacji procesowej (biernej lub czynnej) w sprawach wynikających ze stosunków, w których konsorcjanci są stroną, wynikała w sposób jednoznacznie wiążący z istoty tego stosunku prawnego. Odwoływanie się na zasadzie analogii do umowy spółki cywilnej, jak miało to miejsce w kilku orzeczeniach Sądu Najwyższego, w kwestii legitymacji procesowej może być zawodne.

W ocenie Sądu Apelacyjnego rozstrzygnięcie kwestii legitymacji procesowej uczestników konsorcjum zależy od okoliczności konkretnego przypadku. W sprawie niniejszej konsorcjum zostało zawiązane na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, zatem w przepisach tej ustawy należy szukać wyjaśnienia problemu, kto może występować z powództwem o zapłatę za roboty wykonane w ramach realizacji takiego zamówienia.

Przepis art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) przewiduje możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Wykonawcy ustanawiają pełnomocnika **do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego** (art. 23 ust. 2 u.p.z.p.). W myśl ust. 3 tego artykułu przepisy ustawy o zamówieniach publicznych dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jeśli zaś oferta tych wykonawców zostanie wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

W sprawie niniejszej Umowa Konsorcjum jest uważana za część Umowy z dnia 5.08.2008 r. zawartej pomiędzy GDDKiA Oddział w G. a Konsorcjum firm (...) Spółki z o.o. w W. (obecnie w P.) i (...) Spółki z o.o. w L. (pkt 2 lit. h Umowy). Oznacza to, iż postanowienia Umowy Konsorcjum – wbrew stanowisku Sądu pierwszej instancji – wiążą nie tylko samych konsorcjantów, ale także zamawiającego.

Zauważyć należy, iż przepis art. 23 ust. 2 u.p.z.p. statuujący obowiązek łącznej reprezentacji wykonawców odnosi się jedynie do etapu postępowania o samo udzielenie zamówienia publicznego i ewentualnego zawarcia umowy – w tym korzystania ze środków prawnej w rozumieniu tej ustawy, tj. **odwołania** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 i 4 u.p.z.p.) oraz **skargi do sądu na orzeczenie Izby** (art. 198a. ust. 1 u.p.z.p.). W literaturze podnosi się bowiem, iż : „ Łącznym uprawnieniem konsorcjantów jest korzystanie ze środków ochrony prawnej. Zarówno orzecznictwo Zespołu Arbitrów (np. postanowienie z dnia 30 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1579/05), jak i wyroki TSUE [np. wyrok z dnia 8 września 2005 r. w sprawie C-129/04 (...) SA i (...) ECR 2005, nr 8-9A, s. I-07805] wskazują na niedopuszczalność korzystania ze środków ochrony prawnej przez pojedynczych członków konsorcjum, jeśli taka była wola ustawodawcy krajowego (a tak jest zgodnie z polskimi przepisami).” (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata: Prawo zamówień publicznych. Komentarz. WKP, 2012, LEX Nr 125841, komentarz do art. 23). Wszystkie dotychczas opublikowane orzeczenia Sądu Najwyższego odnoszące się wprost do łącznej legitymacji czynnej konsorcjantów wynikającej z art. 23 u.p.z.p. dotyczą wyłącznie tego etapu postępowania – tj. udzielenia zamówienia publicznego (które wg Sądu Najwyższego obejmuje także etap żądania zwrotu wadium) bądź skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu tej ustawy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13.10.2011 r., V CSK 475/10, LEX nr 1108492, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27.05.2010 r., III CZP 25/10, LEX nr 602808), nie zaś etapu dochodzenia roszczeń wynikających z zawartej umowy o zamówienie publiczne.

Określenia zasad współuczestnictwa konsorcjantów przy czynnościach dokonywanych na etapie realizacji umowy oraz zgłaszania ewentualnych roszczeń z niej wynikających, należy więc szukać w dalszych przepisach u.p.z.p. oraz postanowieniach Umowy Konsorcjum.

Art. 141 u.p.z.p. przewiduje, iż wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jednakże – co jest stanowiskiem jednomyślnie prezentowanym w orzecznictwie tak Sądu Najwyższego, jak i sądów powszechnych (por. wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29.04.2013 r., VI ACa 1183/12, LEX nr 1339412, z dnia 18.02.2009 r., VI ACa 1152/08 LEX nr 1344288, z dnia 17.10.2013 r., I ACa 636/13 niepubl., wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17.09.2008 r., III CSK 119/08, OSNC 2009/9/130) – przepis ten przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie, czyli możliwości solidarnego domagania się zapłaty wynagrodzenia od zamawiającego. Do powstania tego typu solidarności potrzebny byłby wyraźny zapis ustawy, zaś ustawie – prawo o zamówieniach publicznych takiego przepisu brak, bowiem art. 141 p.z.p. odnosi się wyłącznie do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia.

Jak widać z powyższych rozważań ani istota stosunku prawnego konsorcjum, ani też żaden szczególny przepis ustawy o zamówieniach publicznych nie wskazuje wprost, aby w przypadku roszczeń przysługujących konsorcjantom wobec

drugiej strony stosunku prawnego, można było przyjąć bądź solidarność wierzycieli, bądź ich łączne konieczne współuczestnictwo po stronie powodowej.

W sprawie niniejszej postanowienia Umowy Konsorcjum określają wzajemne obowiązki i uprawnienia konsorcjantów oraz uprawnienia lidera konsorcjum w stosunkach wewnętrznych oraz wobec zamawiającego, co szczegółowo opisał Sąd pierwszej instancji w ustaleniach faktycznych. Umowa Konsorcjum m.in. przewidywała, iż rozliczenie i fakturowanie wykonanych robót z Zamawiającym, będzie dokonywane przez Lidera Konsorcjum, Zamawiający będzie dokonywał płatności na rachunek Lidera, zaś płatności za wykonane roboty będą dokonywane przez Lidera na podstawie faktur VAT wystawionych przez Partnera i po otrzymaniu płatności od Zamawiającego Lider przekaze kwoty należne Partnerowi w terminie nie dłuższym niż 5 dni roboczych. Można zatem się zastanawiać, czy choćby z powyższego postanowienia umownego nie wynika samodzielna legitymacja czynna do występowania na drogę sądową o zapłatę wynagrodzenia za wykonanie robót objętych umową, skoro żaden przepis Umowy z dnia 5.08.2008 r., ani żadne postanowienie Umowy Konsorcjum wprost tej kwestii nie reguluje. Jednakże – w ocenie Sądu Apelacyjnego – w sytuacji braku jednoznacznych postanowień umownych należy odwołać się do zasad ogólnych prawa zobowiązań zawartych w kodeksie cywilnym, bowiem na podstawie art. 139 ust. 1 u.p.z.p. do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy o zamówieniach publicznych nie stanowią inaczej.

Zdaniem Sądu drugiej instancji słuszne jest stanowisko apelującego, iż w sprawie niniejszej rozstrzygające znaczenie w kwestii legitymacji czynnej winien mieć zatem przepis art. 379 § 1 i 2 k.c., stanowiący, iż jeżeli jest kilku dłużników albo kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne, zarówno dług, jak i wierzytelność dzielą się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest dłużników albo wierzycieli. Części te są równe, jeżeli z okoliczności nie wynika nic innego (§ 1), zaś świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości (§ 2). Nie może budzić wątpliwości, iż świadczenie pieniężne jest zawsze podzielne.

Sąd pierwszej instancji stwierdził, iż wprawdzie wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane jest świadczeniem podzielnym, a co za tym idzie ma do niego zastosowanie art. 379 §1 k.c., zaś wynagrodzenie za wykonanie ekranów akustycznych (zgodnie z wewnętrznym porozumieniem) przypada w 100% powodowi – to jednak brak było podstaw do uznania, że w niniejszej sprawie (...) Sp. z o.o. może samodzielnie wystąpić do sądu o zapłatę tego wynagrodzenia, bowiem wobec wspólnej realizacji inwestycji przez (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o., w ramach zawiązanego Konsorcjum, obaj konsorcjanci powinni łącznie dochodzić zapłaty za wykonane roboty budowlane. W ocenie Sądu pierwszej instancji to nie konsorcjant, lecz wykonawcy wspólnie realizujący zamówienie publiczne, stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków stąd wynikających. Sąd Okręgowy powołał się przy tym na przywołane wyżej orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt: V CSK 475/10, w którym Sąd Najwyższy wywiódł, że art. 23 Prawa zamówień publicznych statuuje łączny udział wykonawców (Konsorcjantów) w postępowaniu o zamówienie publiczne, w tym w przypadku korzystania ze środków ochrony prawnej, a także przy sądowym dochodzeniu zwrotu wadium. Jednakże – jak wskazano wcześniej – nie można uznać, iż pogląd wskazany w tym orzeczeniu Sądu Najwyższego ma zastosowanie w niniejszej sprawie, bowiem dotyczy ono oceny prawnej innego stanu faktycznego – żądania zwrotu wadium przez jednego wykonawcę, który wspólnie z innymi ubiegał się o zamówienie publiczne – i odnosi się do etapu procedury udzielania zamówienia publicznego. Tymczasem w niniejszej sprawie spór nie dotyczy żądania zwrotu wadium (jak błędnie stwierdził to Sąd pierwszej instancji na stronie 14 swego uzasadnienia) i roszczeń wynikających z etapu udzielania zamówienia publicznego, ale etapu dochodzenia roszczeń wynikających z realizacji umowy. Przepis art. 23 Prawa zamówień publicznych nie będzie miał w sprawie niniejszej zastosowania. Prowadzi to do wniosku, iż Sąd pierwszej instancji w sposób błędny dokonał wykładni art. 379 § 1 kodeksu cywilnego, uznając, że przepis ten nie odnosi się do sytuacji dochodzenia wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego, przez jednego z wierzycieli, który wspólnie ubiegał się o to zamówienie.

Słusznie w apelacji powód podnosił, że umowa konsorcjum jest umową zawartą w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego, co sprawia, że jest podobna do umowy spółki cywilnej, którą jednak nie jest. Członkowie konsorcjum nie mają majątku wspólnego, w przeciwieństwie do wspólników spółki cywilnej. W konsekwencji każdy członek konsorcjum realizując zamówienie publiczne, wykonuje prace kosztem własnego

majątku i uprawniony jest do otrzymania stosownego wynagrodzenia (ekwiwalentu za wykonaną robotę budowlaną). Sąd pierwszej instancji przyjął natomiast, że niezależnie od sposobu ukształtowania stosunku wewnętrznego w konsorcjum, zawsze wszyscy jego członkowie łącznie są czynnie legitymowani do dochodzenia roszczeń od Zamawiającego, nawet wtedy, gdy nie dochodzą ochrony swego prawa, lecz cudzego. Oznaczałoby to, że po wykazaniu zasadności powództwa tylko przez jednego z powodów (tego, który udowodniłby, iż to jemu wyłącznie służy dochodzona wierzytelność względem pozwanego), zachodzi konieczność uwzględnienia powództwa również na rzecz tych powodów, którzy nie wykazali żadnego prawa podlegającego ochronie na drodze cywilnoprawnej, to jest jakiegokolwiek wierzytelności względem związanej z realizacją zamówienia publicznego od strony pozwanej w procesie, czego nie sposób wywieść z obowiązującego prawa (tak wyraźnie Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 26 października 2012 r. V ACa 188/12 publ. na stronach internetowych Sądu Apelacyjnego w Katowicach), bądź powództwo w stosunku do tego konsorcjanta oddalić, zasądając od niego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów procesu. W ocenie Sądu Apelacyjnego prowadzi to do wniosku, że członkowie konsorcjum, którzy nie wykonali robót budowlanych i nie przysługuje im z tego tytułu wynagrodzenie nie mają interesu prawnego i faktycznego w dochodzeniu roszczenia od Zamawiającego.

W sprawie niniejszej (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. w dniu 15.05.2008 roku zawarły umowę Konsorcjum, w której ustaliły, że w przypadku przyznania Konsorcjum Kontraktu dotyczącego zadania: „Budowa obwodnicy miasta S.”, dokonają szczegółowego podziału robót objętych umową z Zamawiającym. Po wybraniu przez Zamawiającego oferty Konsorcjum, konsorcjanci – wykonując wcześniejsze uzgodnienia – podpisali porozumienie wykonawcze, w którym określili rzeczowy podział robót. Zgodnie z tym dokumentem ekrany akustyczne, wykonane miały być w 100% przez (...) Sp. z o.o. Jednocześnie w porozumieniu tym, członkowie Konsorcjum określili wartość każdego elementu rozliczeniowego (ceny jednostkowe) i procent wynagrodzenia, który miał przypadać za jego wykonanie. W omawianym przypadku świadczenie (wynagrodzenie za wykonane roboty) nie przypadało więc stronom Konsorcjum w częściach równych, lecz zostało podzielone pomiędzy strony, w sposób określony w Porozumieniu, tj. (...) Sp. z o.o. – jako wyłączny Wykonawca zabezpieczeń akustycznych – otrzymać miał całą kwotę wynagrodzenia za wykonanie tego elementu robót, tj. 6 743 312,53 zł. Sąd Okręgowy uznał, że porozumienie to nie wywołało żadnego skutku dla Zamawiającego, w związku, z czym pomimo, że wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane jest świadczeniem podzielnym, Sąd uznał, że Powód nie posiada uprawnienia do samodzielnego dochodzenia zapłaty za ten element robót. Należy jednak uznać trafność zarzutu apelującego, że dla stwierdzenia czy świadczenie jest podzielne oraz jaka część przypada odpowiednio każdemu z wierzycieli, nie jest konieczna wola dłużnika. W sytuacji spełnienia przesłanek z art. 379 § 1 k.c. - gdy jest kilku dłużników lub kilku wierzycieli i mamy do czynienia ze świadczeniem podzielnym – zarówno dług, jak i wierzytelność dzielą się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest dłużników lub wierzycieli. Przyjmuje się, że jedność stosunku zobowiązaniowego zostaje zachowana, dochodzi zaś do powstania kilku wierzytelności przysługujących wierzycielowi (poszczególnym wierzycielom) wobec poszczególnych dłużników (dłużnika). W odniesieniu do odpowiednich części świadczenia podzielnego wierzytelności te przybierają samodzielny charakter, również, co do odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Jednocześnie z uwagi na brzmienie powyższego przepisu, domniemywa się, że części te są równe, tzn. odpowiadające tym częściom zobowiązania są jednakowe. W piśmiennictwie podkreśla się, że podział zobowiązania następuje na równe części, jeśli nie ma przyczyny, dla której podział ten miałby wypaść inaczej (A. Ohanowicz, Zobowiązania - Zarys według kodeksu cywilnego - Cz. ogólna, Warszawa 1965 r., s. 115). Z okoliczności w rozumieniu art. 379 §1 k.c. może jednak wynikać inny podział wierzytelności. Do okoliczności tych zalicza się: a) wolę stron, b) przepis ustawy, c) treść stosunku prawnego zachodzącego pomiędzy dłużnikami lub wierzycielami (M. Zychowicz, Komentarz do Kodeksu Cywilnego, Księga trzecia, Warszawa 2010 s. 107). Najważniejszym skutkiem podzielności świadczenia (przy założeniu istnienia kilku wierzycieli lub kilku dłużników) jest okoliczność, że każdy z wierzycieli może żądać takiej części, która na niego przypada (W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safian, E. Skowrońska-Bocian, Zobowiązania, Zarys wykładu, Warszawa 2002. s. 115).

Z uwagi na to, iż wynagrodzenie za roboty budowlane, dochodzone w niniejszej sprawie przez (...) Sp. z o.o., ma charakter świadczenia podzielnego, wskazane powyżej konsekwencje prawne, związane z charakterem tego świadczenia mają zastosowanie w tej sprawie. Fakt zawarcia porozumienia wykonawczego wyłącznie pomiędzy

wierzycielami - stronami konsorcjum nie wyłącza wskazanych skutków podzielności świadczenia. Przeciwnie przyjmuje się, że odnośnie rozmiaru poszczególnych części świadczenia decydujące znaczenie ma umowa stron. W przypadku wielości wierzycieli umowa ta może zostać zawarta wyłącznie pomiędzy nimi. Brak bowiem podstaw do przyjęcia, że dłużnik musi brać udział w czynności określającej zakres uprawnień poszczególnych wierzycieli. Jednocześnie cechy świadczenia podzielnego powodują że wyznaczenie rozmiaru poszczególnych części nie wpływa na dług w sposób naruszający interes dłużnika (A. Kidyba, Komentarz do Kodeksu cywilnego Zobowiązania - część ogólna, Warszawa 2010). Oznacza to, iż powodowi przysługuje samodzielna legitymacja czynna do dochodzenia powyższej należności, zaś Sąd pierwszej instancji – nie dokonując analizy wskazanych powyżej okoliczności jako konsekwencji podzielności świadczenia – naruszył art. 379 §1 k.c. Podobne stanowisko zajęł tutejszy Sąd w wyrokach z dnia 17.10.2013 r. (I A Ca 636/13, niepubl.), z dnia 20.05.2011 r. (VI ACa 1223/10, niepubl.), z dnia 18.02.2009 r. (VI ACa 1152/08, LEX nr 1344288).

Uznanie, iż Sąd pierwszej instancji błędnie oddalił powództwo jedynie z uwagi na brak łącznej legitymacji po stronie powodowej, jest równoznaczne ze stwierdzeniem nierozpoznania przez ten Sąd istoty sprawy. Nie można bowiem uznać za rozpoznanie tej istoty odniesienie się w jednym akapicie do merytorycznej zasadności żądania zgłoszonego w pozwie oraz ustosunkowania się do stanowiska strony pozwanej. Powyższe skutkowało zatem koniecznością uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy dokona oceny zasadności zgłoszonego roszczenia mając na uwadze fakt, iż wykonanie robót w przedmiotowym zakresie zostało przyjęte przez zamawiającego bez zastrzeżeń. Na podstawie postanowień Umowy z dnia 5.08.2008 r. oraz dokumentów wymienionych w jej punkcie 2, a także czynionych w trakcie realizacji umowy ustaleń w kwestii zamiany wypełnienia ekranów akustycznych, Sąd pierwszej instancji ustalił jaki był zgodny zamiar stron co do ustalenia wynagrodzenia za wykonanie tego odcinka robót. Sąd ocenił także, czy roboty w powyższym zakresie zostały wykonane zgodnie z umową i ustaleniami pomiędzy stronami oraz w jakiej wysokości przysługuje za nie wynagrodzenie, mając na uwadze ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. W świetle powyższego, udowodnienie wykonania umowy obciąża powoda, zaś wykazanie kwestii nienależytego wykonania zobowiązania stanowi obowiązek procesowy strony pozwanej. Tylko wówczas bowiem, gdy pozwany udowodni okoliczność, iż umowa nie została wykonana przez wykonawców w sposób zgodny z jej treścią, pozwany może powoływać się na uprawnienie do obniżenia ustalonego wcześniej wynagrodzenia.

***Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny - na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. oraz art. 108 § 2 k.p.c. - uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach procesu za drugą instancję.***